



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JOSÉ OCTÁVIO GALRÃO DE ALSINA GRAU
09/97919

**A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO
PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM RELAÇÃO A
TERCEIROS NÃO USUÁRIOS**

BRASILIA – DF
2013

JOSÉ OCTÁVIO GALRÃO DE ALSINA GRAU

**A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO
PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM RELAÇÃO A
TERCEIROS NÃO USUÁRIOS**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília – UnB
como requisito para conclusão do curso
de bacharelado em Direito.

Orientador: Mamede Said Maia Filho

BRASILIA – DF

2013

Resumo

A responsabilidade civil do Estado é um tema polêmico, que sofreu grandes alterações no último século. A evolução doutrinária e jurisprudencial desse instituto caminhou lado a lado da mudança do papel do Estado na sociedade. Da completa irresponsabilidade, o Estado passou a ser objetivamente responsável pelos atos de seus agentes quando estes, nestas condições, causem danos a terceiros. Com o crescimento do Estado e da economia, a prestação de serviços públicos tornou-se mais cara e complexa, dando ensejo para que as instituições privadas assumissem sua execução. Todavia, surgiu na doutrina e, principalmente, na jurisprudência do STF dúvida acerca da abrangência da responsabilização objetiva dessas pessoas privadas no que se refere a terceiros não-usuários. A jurisprudência da Corte entendeu num primeiro momento que a responsabilidade objetiva não abrangeria esses terceiros, entretanto ela mudou seu entendimento para consolidar a responsabilidade objetiva dessas pessoas privadas em relação a usuários e não-usuários. Contudo, referida mudança jurisprudencial não foi devidamente tratada pela doutrina. Portanto, o presente trabalho busca problematizar referida mudança jurisprudencial e mostrar que a execução de serviços públicos por pessoas privadas não afasta a incidência da responsabilidade objetiva delas.

Palavras chaves: Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Responsabilidade das concessionárias e permissionárias de serviço público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	6
1.1 Pressupostos Teóricos.....	6
1.2 Evolução Histórica.....	8
1.3 Conceito.....	11
1.4 Teoria do risco administrativo x Teoria do risco integral.....	14
1.5 Responsabilidade por ato comissivo x omissivo.....	16
1.6 Dano indenizável.....	18
1.7 Excludentes e Atenuantes da Responsabilidade.....	19
1.8 Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais.....	20
2 RESPONSABILIDADE DOS CONCESSIONÁRIOS E PERMISSIONÁRIOS DE SERVIÇO PÚBLICO.....	23
2.1 Serviço Público.....	23
2.2 Classificação dos serviços públicos.....	27
2.3 Princípios.....	28
2.4 Concessão e Permissão de serviço público.....	29
2.5 Encargos do poder concedente.....	32
2.6 Direitos e deveres dos usuários.....	34
2.7 Direitos e encargos do concessionário.....	35
2.8 Responsabilidade do concessionário/permissionário por danos a terceiros.....	37
3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	39
3.1 O julgamento do Recurso Extraordinário nº 262.651-1/SP.....	39
3.2 O julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.874-2/MS.....	42
3.3 O contraste entre os dois julgamentos e o acerto do Supremo Tribunal Federal.....	46
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	55

Introdução

O presente trabalho surgiu a partir de uma leitura acerca de dois julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal em que a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público foi debatida. Num primeiro momento, a responsabilidade de tais pessoas perante terceiros não-usuários do serviço público era totalmente desvinculada da responsabilidade objetiva do Estado. Todavia, alguns anos depois, atendendo o clamor doutrinário, o STF, em novo julgamento, equiparou essas pessoas jurídicas privadas ao Estado no que se refere à responsabilidade civil.

Agora, ambos são objetivamente responsáveis em virtude de suas ações, pelo menos no que se refere ao serviço público oferecido aos cidadãos.

Entretanto, o tratamento doutrinário acerca dessa questão é, no mínimo, insuficiente. Não há, por parte dos autores, sequer um debate acerca do anterior posicionamento do STF, nem o levantamento dos argumentos que chegaram um dia a prevalecer.

Indubitavelmente, a responsabilidade civil do Estado é um tema que sofreu e ainda sofre grandes críticas e alterações ao longo do tempo. O resultado disso é a grande evolução do seu conceito e dos institutos aplicados a ela. A própria noção de Estado e o relacionamento deste com os cidadãos ao longo dos últimos séculos contribuíram para a adoção e o aperfeiçoamento da teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Contudo, a adoção cega e irrestrita da responsabilização objetiva do Estado é preocupante e merece sempre ser observada, sob pena de configurar o Estado num segurador universal. A assunção de riscos pelo Estado e pelas concessionárias sofre, sem dúvida, algumas limitações. Por essa razão, o objetivo deste trabalho é evidenciar os argumentos postos dos dois lados e analisar em que condições foi admitida a responsabilidade objetiva das concessionárias e permissionárias de serviço público.

O primeiro capítulo trará um breve estudo do instituto da responsabilidade civil do Estado, onde serão analisados seus pressupostos teóricos, sua evolução histórica e suas principais características que dão ensejo à própria reparação. Em seguida, no segundo capítulo a concessão e a permissão de serviços públicos serão abordadas de modo a evidenciar seus requisitos e peculiaridades, tais como os deveres e encargos das concessionárias. Por último, como corolário deste trabalho, o terceiro capítulo abordará a junção dos institutos da responsabilidade civil do Estado e das concessionárias e permissionárias de serviço público por meio da análise dos julgamentos dos recursos extraordinários nº 262.651-1/SP e 591.874/MS.

Capítulo 1 – Responsabilidade Civil do Estado

1.1 – Pressupostos teóricos

A ideia de responsabilizar uma pessoa pelo prejuízo causado a outrem é mais antiga do que a própria ideia de Estado. Significa dizer que as pessoas sempre estão à procura de um meio para ressarcir seus prejuízos, ou seja, de um meio capaz de reestabelecer o equilíbrio entre as relações jurídicas. E quanto mais eficiente esse meio, melhor.

Entretanto, antes de se adentrar ao estudo da responsabilidade civil do Estado propriamente dita, é necessário tecer alguns apontamentos acerca da responsabilidade civil entre particulares, para depois ser esclarecido o pressuposto teórico da responsabilidade do Estado.

No âmbito entre particulares, por assim dizer, a responsabilidade civil é conceituada no nosso ordenamento jurídico pelo Código Civil por meio do seu artigo 927 ao dispor que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”¹. Nota-se que referido artigo faz referência aos artigos 186 e 187 do mesmo diploma legal. Tais artigos dizem respeito à conceituação de ato ilícito. Vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.²

¹ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> acesso em 25.09.2013.

² Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> acesso em 25.09.2013.

Pela simples leitura dos dispositivos legais acima colacionados percebe-se que a obrigação de um indivíduo reparar um dano pode vir tanto da sua ação, da sua omissão, quanto da sua culpa que violou direito e causou dano a outrem. Interessante notar também que o dano não precisa ser necessariamente patrimonial, ou seja, pode ocorrer de a responsabilidade civil tratar-se apenas de dano moral.

Enquadra-se, ainda, dentro das condutas que ensejam a reparação civil o abuso de direito, que é aquele ato que embora não ultrapasse os limites objetivos da lei, exorbita os fins sociais auferidos por esta.

Entretanto, ao se falar da responsabilidade civil do Estado, percebe-se que ela não compartilha dos mesmos fundamentos teóricos legitimadores que a responsabilidade entre particulares. O pressuposto para que o Estado indenize o particular não é apenas o mero cometimento de um ato ilícito, pois ele pode ter que indenizar um terceiro em decorrência de atos lícitos e até de omissões.

Aliás, a própria noção de Estado de Direito implica nesse dever de reparação. Isso porque o Estado não é mais visto atualmente acima do povo, mas sim ao lado e a serviço deste. Dessa forma, tanto as pessoas jurídicas de direito privado quanto as de direito público devem submeter-se ao ordenamento jurídico e responder pelos atos de seus agentes.

Afinal, se o Estado trabalha em prol da coletividade e em nome desta, há a possibilidade de haver sacrifícios e lesões a direitos de terceiros não envolvidos diretamente na ação estatal. Logo, tais riscos devem ser suportados pelo Estado, pois em última análise ele é a própria coletividade.

Corroborando com este entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello³ ensina que “o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado”.

Ainda nas lições do referido doutrinador, o fundamento da responsabilidade do Estado estaria bipartida no caso de cometimento de atos lícitos e ilícitos. No caso dos atos ilícitos, sejam eles comissivos, omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24. ed. p. 973.

reparar o dano advém do princípio da legalidade, ressaltando-se que nos casos de comportamentos omissivos o dever de reparar também decorre do princípio da igualdade.

Nos casos dos atos lícitos motivadores de reparação, o fundamento da responsabilidade civil é “garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos” ⁴. Em suma, o fundamento da responsabilidade por atos lícitos decorre da própria noção de Estado de Direito.

Nesse mesmo sentido aponta Gilmar Mendes: “(...) a ideia da responsabilidade civil do Estado deve ser apreendida como uma das expressões do próprio Estado de Direito, que, de acordo com uma de suas definições, é aquele no qual não se identificam soberanos, sendo, portanto, todos responsáveis” ⁵.

Portanto, para a aplicação e legitimação da responsabilidade civil do Estado não é necessário nem recomendável o socorro dos institutos privados de responsabilidade civil. A responsabilidade do Estado é decorrência lógica do Estado de Direito.

1.2 – Evolução histórica

O § 6º do art. 37 da Constituição Federal dispõe que o Estado é responsável civilmente pelos atos dos seus agentes quando estes, nessa qualidade, causam lesão a outrem. Referido dispositivo consagra a responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, nem sempre a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes, nestas condições, foi objetiva. O instituto da responsabilidade civil estatal evoluiu muito nos últimos séculos, culminando na adoção, pela Constituição

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24. ed. p. 981.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 7 ed. p.989.

de 1988, da teoria da responsabilidade objetiva, que independe da noção de culpa, tal como previsto no seu §6º, artigo 37.

A doutrina aponta basicamente três fases evolutivas da teoria da responsabilidade do Estado: a) fase da irresponsabilidade do Estado; b) fase civilista - responsabilidade subjetiva do Estado; c) fase publicística – responsabilidade objetiva do Estado pela teoria do risco administrativo.

Atualmente, ainda é relatada na doutrina a existência de outra teoria acerca da responsabilidade objetiva do Estado: a teoria do risco integral. Todavia, esta última teoria é alvo de grandes críticas por inúmeros doutrinadores, pois não seria prudente banalizar a responsabilidade do Estado, sob risco de estar distorcendo os direitos e garantias individuais preconizados na Constituição de 1988. Contudo, esse tema será tratado de forma mais pormenorizada adiante.

Na fase de irresponsabilidade do Estado, não cabia a ele ressarcir alguém por algum dano que ele tenha causado, porque a própria noção de Estado confundia-se com a figura do monarca. O Estado estava acima do indivíduo. Nas palavras do antigo ditado inglês, “*The King can do not wrong*”, ou seja, o monarca ou o Estado não erram, impossibilitando, portanto, que fosse reconhecida sua responsabilidade perante um indivíduo.

Todavia, com o passar dos anos e o desenvolvimento do Estado e do reconhecimento dos direitos individuais perante ele, a teoria da irresponsabilidade deixou de prevalecer. Apenas os Estados Unidos e a Inglaterra ainda se utilizaram dessa teoria até 1946 e 1947, respectivamente. No Brasil, referida teoria jamais foi acolhida.

Com a aproximação entre Estado e indivíduo, abriu-se caminho para sua responsabilização. Num primeiro momento, passou-se a reconhecer a responsabilidade do Estado pelos chamados atos de gestão⁶, mediante comprovação da culpa. Em relação aos ditos atos de império, nada havia mudado: o Estado continuaria “irresponsável” por eles.

⁶ Os atos de gestão, ao contrário dos atos de império, teriam caráter predominantemente patrimonial, o que os aproximaria do direito privado.

Essa dicotomia entre atos de gestão e atos de império residia no argumento de que estes últimos estariam diretamente vinculados à soberania do Estado e, portanto, não caberia qualquer tipo de responsabilidade. No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 corroborava com o entendimento da responsabilização apenas dos atos de gestão por meio da redação do seu artigo 179, inciso XXIX, que afirmava: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício das suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos” ⁷.

Todavia, a dificuldade em diferenciar atos de império e de gestão e até mesmo em dividir a personalidade do Estado fez com que tal teoria fosse abandonada. Com isso, a doutrina civilista consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado. Agora a responsabilidade do Estado estava assemelhada à responsabilidade particular, onde era necessário comprovar a culpa do agente. O Código Civil de 1916 adotou referida teoria em seu artigo 15⁸.

Posteriormente, com a Constituição de 1946, a responsabilidade objetiva foi introduzida no Brasil. Passou-se à terceira fase da responsabilização do Estado. Nesta fase, de caráter publicístico, foi desenvolvida a teoria do risco administrativo. Referida teoria baseia-se no princípio de igualdade de ônus e encargos sociais.

Como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹, tal como os benefícios advindos da atuação estatal são divididos por todos, eventuais prejuízos causados a terceiros também devem ser repartidos.

Na teoria do risco administrativo, a ideia de culpa administrativa é substituída pela de nexo de causalidade. Significa dizer que basta a existência de relação entre a conduta do agente administrativo e o dano causado ao administrado para que o Estado tenha a obrigação de indenizá-lo.

Para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado são necessários três requisitos: ação atribuível ao Estado, dano causado a terceiros e nexo de causalidade entre eles. Nota-se que o elemento culpa não se encontra nesta

⁷Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm acesso em 26.09.2013.

⁸ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm> acesso em 02.10.2013.

⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 19. ed. p. 621.

concepção. A culpa do agente somente será analisada em caso de ação de regresso do Estado.

Embora prevista desde 1946, o atual regramento da responsabilidade objetiva do Estado advém da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe em seu artigo 37, § 6º:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Na moderna concepção estão incluídas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Além disso, para configurar a responsabilidade subjetiva do funcionário e possibilitar o efetivo exercício do direito de regresso, é necessária a comprovação da culpa ou dolo dele. Portanto, no regramento constitucional estão compreendidas a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do funcionário.

1.3 – Conceito

Esclarecido o ponto de partida, podemos iniciar a conceituação da responsabilidade civil do Estado.

Aliás, a nomenclatura utilizada pela doutrina é bem diversa. O presente tema é abordado pelo nome de responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, responsabilidade extracontratual do Estado, responsabilidade patrimonial do Estado, responsabilidade civil da administração, entre outros.

Em curtas palavras, tal como descrito no §6º, art. 37 da Constituição Federal, o Estado é responsável civilmente pelos atos dos seus agentes quando estes, nessa qualidade, causam lesão a outrem. Importante esclarecer que o termo agente não é restrito somente aos servidores estatais. Pelo contrário, referido termo é abrangente e se refere a todas as pessoas que prestam um determinado serviço público e acabam por lesar terceiros.

Nesse contexto, enquadram-se como entidades as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações de direito público) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias, permissionárias e detentoras de autorização de serviço público).

De acordo com Odete Medauar, “a responsabilidade civil do Estado diz respeito à obrigação a este imposta de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões”¹⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello, utilizando-se de outra nomenclatura, define:

“entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”¹¹.

Vale ressaltar que Celso Antônio Bandeira de Mello possui um conceito mais abrangente. Referido autor trabalha com a ideia de que são indenizáveis pelo Estado não apenas os atos ilícitos, mas também os atos lícitos. É dizer que, embora autorizados pelo Direito, há situações em que o Estado acaba por violar indiretamente direitos alheios. O exemplo utilizado pelo autor¹² para explicar tal fenômeno é quando o Estado promove o nivelamento de uma rua, todavia, embora tendo procedido com todas as cautelas e rigores técnicos, algumas casas ficarão abaixo ou acima do nível da rua, causando prejuízos aos proprietários. Neste caso, mesmo tratando-se de um ato lícito, o Estado é responsável por ressarcir os proprietários prejudicados; afinal, eles não têm culpa de suas casas terem sido prejudicadas pela obra de nivelamento.

Além disso, dentro do pressuposto do Estado de Direito e de que o Estado agiu em prol da coletividade e em nome dela, cabe a ele arcar com possíveis

¹⁰ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13. ed. p. 375.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24. ed. p. 967.

¹² Ibid., p. 969.

prejuízos causados a terceiros por seus agentes no exercício de suas funções públicas.

Por outro lado, há corrente doutrinária divergente que não admite a responsabilização do Estado por atos lícitos. Marçal Justen Filho aponta que não é possível que um ato juridicamente perfeito possa ser capaz de gerar uma reparação do Estado para com um terceiro¹³. Aliás, somente seria possível a responsabilização por ato lícito se a lei for explícita ao determinar que o Estado deva reparar. É o que ocorre com as Leis nº 10.309/2001 e 10.744/2003, que preveem a responsabilidade do Estado em caso de atentados terroristas ou atos de guerra praticados contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras.

Então, como analisar a questão dos atos omissivos ou daqueles atos aparentemente lícitos, mas que causam prejuízos a terceiros? Para o referido autor, tanto os atos comissivos quanto os omissivos são tratados da mesma maneira. Para isso, ele se utiliza de uma concepção de antijuridicidade baseada no dever de diligência do Estado. Nessa concepção, o agente público deve pautar suas ações mediante um dever de cuidado rigoroso, isto é, sua natureza funcional lhe impõe um dever de previsão acurada e de cautela redobrada. Com isso, os atos revestidos de aparente licitude, mas contaminados pela violação de um dever de cuidado do agente público seriam considerados ilícitos e, portanto, passíveis de responsabilização do Estado.

Nas palavras do próprio autor:

“toda ação ou omissão imputável ao Estado, que configure infração ao dever de diligência no exercício das competências próprias, gerará a responsabilização civil se produzir ou der oportunidade a dano patrimonial ou moral a terceiro”¹⁴.

Ora, segundo essa teoria, a análise dos atos comissivos e omissivos do Estado estaria unificada e baseada na formação da vontade do agente público. Um ato comissivo seria a violação expressa da lei oriunda de um defeito na formação de

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. p. 798.

¹⁴ Ibid., p. 798.

vontade do agente público e o ato omissivo seria uma violação do dever de diligência do agente público, ou seja, defeito também na formação de sua vontade.

Obviamente, para o autor ainda há a diferenciação entre atos comissivos e omissivos. No entanto, a diferenciação entre os dois será utilizada para analisar a violação do dever de diligência do agente público e o grau de culpa dele.

Embora louvável, a teoria da antijuridicidade da conduta do agente público pautada na violação de um dever de diligência máxima, ela não responde nos casos em que o agente público agiu com todas as cautelas possíveis e imagináveis, porém mesmo assim sua ação causou danos a terceiros, tal como exposto no exemplo acima citado de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Na verdade, se fôssemos levar em consideração essa teoria, não haveria que se falar em responsabilização do Estado quando tivessem sido tomadas todas as diligências necessárias, mesmo que houvesse danos a terceiros. É dizer que se uma atuação estatal lícita causou danos a terceiros, consideramos por construção fictícia, e assim esquecemos a realidade, que houve violação de um dever de diligência do agente público; ou consideramos que, inseridos numa ideia de coletividade, certos ônus devem ser arcados pelo próprio Estado em virtude de sua posição privilegiada. Caso contrário, os danos causados pelo Estado nestas circunstâncias não seriam indenizados, ou seja, ele seria irresponsável pelos seus atos.

1.4 – Teoria do risco administrativo x Teoria do risco integral

Como visto, a teoria do risco administrativo é utilizada como fundamento teórico da responsabilidade objetiva do Estado e dela decorre o dever que o Estado tem de reparar os terceiros que foram prejudicados em razão da atividade estatal. O Estado atua em nome da coletividade e, portanto, deve ressarcir terceiros prejudicados em nome desta. Não mais se perquirir o dolo ou a culpa do agente, não mais se questiona a licitude ou ilicitude da conduta, mas apenas o nexo de causalidade entre a conduta e o dano ocasionado por ela. Daí falar-se em teoria do risco administrativo, onde o Estado assume o risco que sua atividade impõe aos terceiros juridicamente prejudicados.

Entretanto, há doutrinadores que defendem a chamada teoria do risco integral, que representaria a responsabilidade absoluta do Estado, levando este a ressarcir todo e qualquer dano relativo às suas atividades, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

Embora controversa e rechaçada pela maior parte da doutrina, a teoria do risco integral foi adotada em algumas situações específicas pelo nosso ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, de danos causados por acidentes nucleares, previsto no artigo 21, XXIII, d, da Constituição Federal de 1988 e no caso de atentados terroristas ou atos de guerra praticados contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, previstos nas Leis nº 10.309/2001 e 10.744/2003.

Porém, a majoritária corrente doutrinária defende a completa inaplicabilidade da teoria do risco integral. Um dos motivos apontados é que não haveria distinção entre risco administrativo e risco integral. Odete Medauar, por exemplo, entende que não há diferenças substanciais entre as duas teorias, pois se no caso concreto fossem admitidas a força maior ou a culpa da vítima, em ambos os casos deixaria de existir o nexo de causalidade motivador da responsabilização¹⁵.

Acerca das divergências doutrinárias, conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro que elas não passam de meras variações terminológicas, mas que no fundo todas aparentam concordar que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado¹⁶.

Todavia, a diferença existe na doutrina e na legislação e, por isso mesmo, merece ser citada. Afinal, as Leis nº 10.309/2001 e 10.744/2003 se referem a atos de terrorismo e de guerra, que não são nem de perto causados pelo Estado, ou melhor, não há serviço público questionado nesses casos. Entretanto, o Estado assumiu para si o encargo de indenizar as vítimas.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13 ed. p. 378.

¹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 19 ed. p. 622.

1.5 – Responsabilidade por ato comissivo x omissivo

A visualização da responsabilidade por ato comissivo sempre é mais fácil que a do ato omissivo. Afinal, se o Estado comete um ato e gera um dano, deve ressarcir. Essa é a noção da responsabilidade objetiva e decorrência lógica do Estado de Direito. Por isso, não se cogita culpa ou dolo nessas situações.

Ademais, a análise da responsabilidade estatal se dá a partir do sujeito passivo, isto é, a partir do sujeito lesado e não a partir da vontade do agente. Este é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷.

Entretanto, a dificuldade está em visualizar a responsabilidade do Estado nos chamados atos omissivos (falta de serviço público ou má prestação deste). Nestes casos a doutrina majoritária defende ser aplicável a teoria da responsabilidade subjetiva. Se o Estado não agiu, não foi ele o autor do dano. Por isso, só será responsabilizado caso ele esteja obrigado a impedir o dano.

É importante ressaltar que não é a simples relação de omissão de um serviço público e um dano que configuram a responsabilidade estatal. É necessária uma obrigação de impedir o resultado. No entanto, essa obrigação de impedir o resultado pode advir de duas situações. Na primeira situação, a norma prevê o dever de atuação e a omissão se configura na infração deste dever jurídico, ou seja, de um não fazer quando a lei determinava fazer. Marçal Justen Filho a chama de ilícito omissivo próprio¹⁸. A situação jurídica é semelhante à atuação comissiva, isto é, deixar de agir quando a lei o manda equivale a agir quando a lei proíbe.

Na segunda situação, denominada pelo mesmo autor de ilícito omissivo impróprio, o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Contudo, o agir do agente público é o meio para evitar a consumação de um resultado danoso e prejudicial. Por isso, é fundamental analisar o elemento subjetivo da conduta, determinando-se a previsibilidade do evento danoso e a possibilidade de atuação do agente público.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24 ed. p. 986.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. p. 802.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, entende que a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito e, conseqüentemente, trata-se de responsabilidade subjetiva, pois não haveria conduta ilícita que não fosse proveniente de culpa ou dolo¹⁹.

Os atos omissivos, então, estariam divididos entre atos culposos (imprudência, imperícia e negligência) e dolosos. Os dolosos seriam aqueles em que o agente quis descumprir o mandamento legal ao deixar de fazer o que a lei determinava. Por outro lado, os atos omissivos culposos seriam aqueles em que o agente deixaria de agir quando na verdade era necessário. Neste caso o dever de agir do Estado deveria estar de acordo com um certo padrão de eficiência capaz de obstar o evento lesivo.

Obviamente, determinar qual seria esse padrão de eficiência da atuação estatal não é tarefa fácil nem tem resposta pronta, pois dependerá de inúmeros fatores como meio social, recursos tecnológicos, possibilidade concreta de agir no caso concreto, entre outros. Um caminho apontado pela doutrina é o bom e velho bom senso do homem médio adaptado ao Estado. Esse bom senso seria equivalente ao nível de expectativa média da sociedade em relação aos serviços prestados pelo Estado, bem como o nível de expectativa do Estado em relação aos serviços prestados por ele.

Para demonstrar de forma melhor e concluir o raciocínio, tomemos o exemplo de quando o semáforo de um cruzamento sofre uma pane e deixa de funcionar adequadamente, permitindo a passagem de veículos por ângulos diferentes, causando, assim, acidentes. Aqui não se trata de uma ação do Estado, pois ele não causou os acidentes decorrentes do mau funcionamento do semáforo. Entretanto, a atuação omissiva e deficiente do Estado foi condição necessária para os eventos danosos, isto é, o Estado estava obrigado a manter em perfeito funcionamento os semáforos das vias terrestres a fim de organizar o trânsito adequadamente. Ao não fazer isso, o Estado torna-se responsável pelos acidentes ocorridos, ao menos de forma compartilhada com a vítima²⁰. Neste caso, o padrão de eficiência exigido

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24 ed. p. 987.

²⁰ Toma-se, aqui, o sistema da compensação das culpas no direito privado. A esse respeito, o art. 945 do Código Civil, ao disciplinar a culpa civil recíproca, assim dispõe: "Se a vítima tiver concorrido

pelos cidadãos e pelo próprio Estado é de que o semáforo daquele cruzamento funcione corretamente sempre, pois se trata de uma via com certo grau de periculosidade e por isso necessita de uma atuação administrativa eficiente.

1.6 - Dano indenizável

Celso Antônio Bandeira de Mello²¹ ensina que para o dano ser indenizável ele precisa de pelo menos duas características. A primeira é que o dano corresponda à lesão a um direito da vítima. Já a segunda característica essencial é que o dano seja real, possível e não meramente eventual.

O dano precisa corresponder a uma lesão a algum direito da vítima porque o dano patrimonial ou o dano econômico não bastam para ensejar uma indenização. O dano capaz de gerar a responsabilização do Estado deve ser algo que a ordem jurídica reconhece como garantido do sujeito e por isso precisa proteger. Nas palavras do doutrinador²²: “importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo”.

Por exemplo, a mudança do plano de ocupação urbana de determinada região que acarreta desvalorização das propriedades que a integram. O Estado transforma a região que era exclusivamente habitacional em região mista, permitindo atividades comerciais de maior porte. Apesar de a atuação estatal gerar a desvalorização imobiliária, não há direito adquirido dos proprietários em relação ao destino urbanístico anterior. Logo, o dano econômico não corresponde necessariamente a dano jurídico. Por outro lado, dano jurídico não necessariamente causa dano econômico, e nesse sentido o dano moral é exemplo disso.

Por fim, a segunda característica necessária para o dano ser indenizável é que ele precisa ser certo, ou seja, não pode ser mera conjectura. Nessa concepção, são indenizáveis os prejuízos efetivamente sofridos e também os chamados lucros

culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24 ed. p. 996.

²² Ibid., p. 995.

cessantes, que é o que se deixou de ganhar caso não tivesse ocorrido o evento danoso.

1.7 Excludentes e Atenuantes da Responsabilidade

Como visto anteriormente, a culpa do agente foi substituída pelo nexo de causalidade. Logo, se alguma circunstância quebrar esse nexo causal, não haverá que se falar em responsabilidade. Usualmente, a doutrina considera a força maior e a culpa da vítima como excludentes da responsabilidade do Estado.

A força maior é conceituada como um acontecimento imprevisível, inevitável e estranho á vontade das partes. Exemplos da força maior são as tempestades, os raios, os terremotos, enfim, as intempéries da natureza. Em regra, esse tipo de acontecimento quebra o nexo causal existente entre a ação ou a omissão do Estado e o dano causado ao particular.

Todavia, é importante ressaltar que mesmo ocorrendo a força maior não é decorrência lógica a irresponsabilidade do Estado. Se aliada à força maior ocorrer omissão do Estado na realização de um serviço, poderá ensejar responsabilização estatal. Por exemplo, quando uma tempestade inunda casas, mas ficar comprovado que a devida realização dos serviços de limpeza urbana bastaria para evitar os estragos. Neste caso, a omissão implica responsabilização do Estado, pois ele tinha o dever de evitar o evento danoso. O mesmo raciocínio é aplicado para ato de terceiro. Se há danos que foram causados por terceiros (multidões, delinquentes etc.), apenas a omissão do Estado pela falha na prestação dos serviços público é que pode ensejar sua responsabilização.

A culpa da vítima é fator que pode excluir a responsabilidade do Estado. Ela pode ser exclusiva ou concorrente. No primeiro caso, a participação da vítima no evento danoso é total, ou seja, ela contribui de forma integral para a ocorrência do evento danoso. Resultado: rompimento do nexo causal e, conseqüentemente, ausência de responsabilização do Estado.

No segundo caso, culpa concorrente da vítima, a conduta dela soma-se à conduta do Estado, fazendo com que ambas contribuam para a ocorrência do evento danoso. Neste caso, há a atenuação da responsabilidade estatal.

1.8 Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais

Para finalizar o capítulo, falaremos de forma breve da responsabilidade do Estado decorrente de atos legislativos e jurisdicionais. Como exposto no início deste trabalho, falar em responsabilidade do Estado significa na maioria das vezes falar da atuação da Administração Pública. No entanto, o Estado é responsável também pelos atos cometidos em suas funções legislativas e jurisdicionais.

Com relação à responsabilidade por atos legislativos, há muitas divergências doutrinárias. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³ e Diógenes Gasparini²⁴ defendem que nestes casos a regra que prevalece é a da irresponsabilidade do Estado. Isso porque o Poder Legislativo atua no exercício da soberania, decorrente da própria Constituição, e edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda coletividade, que por sua vez deve arcar com os ônus dessa atividade.

Todavia, se uma lei for declarada inconstitucional pelo STF, a tese da responsabilidade é aceita. O mesmo raciocínio se aplica para atos normativos editados pelo Poder Executivo.

Por outro lado, há doutrina que defende que em relação às leis de efeitos concretos, que atingem determinadas pessoas, incide a responsabilidade do Estado, pois estas leis estariam fugindo de suas características de generalidade e abstração, configurando-se verdadeiros atos administrativos.

Em relação aos atos jurisdicionais, também há divergência doutrinária. Em regra, a jurisprudência não aceita que eles gerem a responsabilidade do Estado. Todavia, parece ser mais consoante com a noção de Estado de Direito a ideia de responsabilização do Estado pela atuação de seus agentes públicos, mais especificadamente o juiz. O argumento de que o juiz é soberano em suas decisões,

²³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 19 ed. p. 623.

²⁴ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 12 ed. p. 981.

bem como o Poder Judiciário é independente em sua atuação são inaceitáveis para excluir a responsabilidade do Estado.

Muitos doutrinadores apontam a ofensa à coisa julgada como impedimento do reconhecimento da responsabilidade do Estado. Contudo, tal como aponta, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵, a imutabilidade da coisa julgada não deve ser confundida com a possibilidade de indenização por erro judiciário. Pagar a indenização decorrente de um erro judicial não implica mudança na decisão judicial.

Em relação à responsabilidade civil do Estado decorrente da atuação do Poder Judiciário, José dos Santos Carvalho Filho²⁶ traz uma posição interessante. Referido autor trabalha com a ideia da dicotomia entre atos judiciais e atos judiciários. Enquanto a primeira expressão se refere aos atos jurisdicionais, ou seja, aqueles relativos ao exercício específico da função do juiz, a segunda expressão se refere, por exclusão, àqueles atos de administração, que não correspondem à função jurisdicional.

Segundo o autor, no âmbito dos atos administrativos, isto é, dos atos judiciários, incide normalmente sobre eles a responsabilidade civil objetiva do Estado. Entretanto, no que se refere aos atos judiciais, por serem praticados pelos magistrados no exercício de suas funções, surgem algumas peculiaridades. Em regra, não haveria que se falar em responsabilização decorrente desses atos, porém há hipóteses em que o juiz pratica ato jurisdicional com o intuito deliberado de causar prejuízo à parte ou a terceiro. Trata-se de uma conduta dolosa que a lei, por meio do artigo 133 do Código de Processo Civil, assegura que o juiz responde por perdas e danos quando no exercício de suas funções procede dolosamente, inclusive com fraude, bem como quando recusa, omite ou retarda, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Através dessa regra o CPC permitiu a responsabilização individual do juiz, mas sem dúvida ele também é um agente do Estado, fato que permite a incidência da regra do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

²⁵ Ibid., p. 628.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23 ed. p. 621.

Contudo, o ato jurisdicional causador do dano pode ter sido praticado de forma culposa. Se a natureza dele for penal, o Código de Processo Penal traz a solução, que é a revisão criminal com o objetivo de desconstituição da sentença que contenha erro judiciário. Além disso, o art. 630 do mesmo Código prevê que se o interessado o requerer, o tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. Tal regra é a concretização do disposto no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, que determina que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Por outro lado, se o ato culposos for de natureza cível, José dos Santos Carvalho Filho entende que eles não ensejam a responsabilidade civil do Estado, pois o interessado tem os mecanismos recursais para evitar o dano²⁷. Caso contrário, haveria prejuízos à independência e à imparcialidade do juiz, pois qualquer ato que praticasse poderia dar ensejo à reparação civil.

²⁷ Ibid., p. 623.

Capítulo 2 – Responsabilidade dos concessionários e permissionários de serviço público

2.1 – Serviço Público

Antes de se adentrar no estudo dos institutos dos concessionários e permissionários de serviço público, é necessário definir o que é serviço público. A princípio, uma noção básica de serviço público nos remete a ideia de uma atividade estatal em prol da coletividade. Afinal, a própria coletividade possui anseios e necessidades a serem satisfeitas. Tais anseios e necessidades podem ser atendidos pelos meios e recursos que cada um dos membros da coletividade possui; porém, devido às particularidades de determinadas situações, como segurança, efetividade e celeridade, é o Estado quem vai ser o responsável por satisfazer tais interesses. Logo, pode-se dizer que as atividades do Estado, destinadas ao oferecimento de comodidades e utilidades aos cidadãos, constituem serviço público.

Em sentido lato, usualmente utilizado por leigos, o significado da expressão serviço público engloba também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Contudo, numa análise mais apurada tecnicamente, serviço público diz respeito às atividades realizadas no âmbito das atribuições do Poder Executivo.

Obviamente, não é tarefa fácil a conceituação de serviço público. Todavia, sempre que se inicia o estudo do referido instituto, a doutrina aponta que ele gravita basicamente em torno de três elementos: o subjetivo, o material e o formal. O elemento subjetivo diz respeito à pessoa jurídica prestadora da atividade, mais comumente o Estado. O elemento material diz respeito à própria atividade prestada, que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas. E por último, o elemento formal diz respeito ao regime jurídico em que é prestado o serviço público, normalmente de direito público.

A princípio, com a combinação desses três elementos o serviço público poderia ser caracterizado como atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime de direito público.

Entretanto, diante de um Estado que passou a desenvolver cada vez mais atividades comerciais e industriais, esse conceito mostrou-se muito estático e insuficiente para definir serviço público. Além disso, diante da necessidade de eficiência e de investimentos em setores econômicos estratégicos, o Estado percebeu que não dispunha de capacidade suficiente para fazê-lo. Com isso, passou a delegar a execução desses serviços a particulares, por meio da concessão de serviços públicos e também por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim.

Por consequência, a noção de serviço público evoluiu e tornou-se mais abrangente nas últimas décadas. Não se poderia mais considerar que as pessoas jurídicas de direito público seriam as únicas que prestariam serviço público. Essa mudança de conceito a doutrina chamou de “crise na noção de serviço público”.

Acerca dessa crise, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸ aponta que: a) a noção de serviço público não permaneceu estática ao longo do tempo devido à inclusão, por parte do Estado, de novas atividades econômicas, industriais e sociais; b) o Estado, por meio de lei, é quem escolhe quais atividades são consideradas serviço público, sendo que, no Brasil, a Constituição faz essa indicação; c) o serviço público não varia apenas no tempo, mas também no espaço, pois depende da legislação de cada país; d) não é possível considerar que há conceitos certos ou errados, razão pela qual não se pode dizer que uma visão mais restrita ou mais abrangente é a correta.

A partir dessas conclusões, a autora define serviço público:

“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”²⁹

Dessa forma, Di Pietro consegue manter e harmonizar os três elementos anteriormente citados que compõem o conceito. No aspecto subjetivo, o Estado direta ou indiretamente por meio de delegados (concessionários, permissionários e

²⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 19 ed. p. 113.

²⁹ Ibid., p. 114.

peças jurídicas de direito privado) são os responsáveis pela execução do serviço. No aspecto material, a satisfação das necessidades coletivas é mantida, porém com o acréscimo de modalidades novas de serviço. Por fim, o aspecto formal sofre uma pequena alteração, para permitir que as atividades de serviço público sejam prestadas por um regime parcialmente público, ou seja, com características de direito privado.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello adota um conceito mais restrito de serviço público:

“serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”³⁰

Como visto, referido autor defende a obrigatoriedade de fruição direta pelos administrados das atividades desempenhadas pelo Estado e a subordinação exclusiva destas a um regime de direito público para que sejam consideradas serviço público.

A justificação da adoção de uma noção mais restrita de serviço público se dá devido à necessidade de diferenciação entre atividade pública e serviço público. Caso fosse adotado um conceito mais abrangente, segundo o autor, haveria risco de se confundir as duas situações, o que deixaria o próprio conceito de serviço público vazio. Afinal, para ele, nem toda atividade estatal é serviço público.

Ainda, segundo o autor, é condição necessária para ser considerado serviço público a fruição direta pelos administrados das utilidades e comodidades oferecidas a eles. Isso porque os serviços são voltados para atender as necessidades e conveniências básicas da sociedade, o que acarreta a subordinação destas atividades a um regime de direito público.

A concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello é diferente daquela retratada por Di Pietro. Segundo ele, os elementos que compõem o conceito de

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24 ed. p. 656.

serviço público não são três, mas apenas dois: material e formal. Enquanto o elemento material diz respeito às utilidades e comodidades oferecidas aos administrados, o elemento formal é a submissão destas atividades a um regime de direito público, tal como exposto nos parágrafos anteriores.

O elemento subjetivo do conceito é desnecessário, pois não há que se confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. O fato de o Estado ser titular de serviços públicos não implica que deva obrigatoriamente prestá-los. E o fato de o Estado ser o titular desses serviços não implica que eles são públicos. Ao contrário, eles são de titularidade do Estado porque são públicos. Isso significa que o serviço é público antes de ser estatal.

Contudo, outros doutrinadores como Diógenes Gasparini³¹ e Marçal Justen filho³² apontam a desnecessidade de fruição individual dos serviços pelos administrados. Parece ser esta a melhor opção. Afinal, existem serviços públicos fruíveis individualmente e outros cuja fruição se faz coletivamente. Por exemplo, o serviço de limpeza urbana e de iluminação pública.

Em suma, certa atividade é caracterizada como serviço público em razão de dirigir-se à satisfação direta e imediata dos interesses e necessidades da sociedade. Por conseguinte, tal atividade é submetida ao regime de direito público e pode ser desempenhada diretamente pelo Estado ou por quem faça suas vezes.

No Brasil, há inúmeras previsões constitucionais em relação ao serviço público. O artigo 21, inciso X, determina que a União mantenha o serviço postal e o correio aéreo nacional. Já o inciso XI do mesmo artigo determina que a União explore, diretamente ou por meio de concessão ou permissão os serviços de telecomunicações. Ainda no mesmo artigo, no seu inciso XII, a Constituição determina que a União explore, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou

³¹ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 12 ed. p. 290.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. p. 481.

que transponham os limites de Estado ou Território; e, por fim os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Inúmeros outros serviços públicos são elencados na Carta Magna, como seguridade social (art. 194), serviços de saúde (art. 196), assistência social (art. 203) e educação (art. 205 e 208).

Todavia, o rol apresentado no texto constitucional não é exaustivo, podendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarem, por meio de lei, serviços públicos não mencionados na Constituição.

2.2 - Classificação dos serviços públicos

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que do tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos decorrem quatro situações: a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas que não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, outorgando-os em concessão ou permissão a terceiros³³.

Di Pietro³⁴, por sua vez, ensina que há várias classificações dos serviços públicos. Há aquela em que os serviços públicos são considerados próprios ou impróprios. Neste caso, os serviços públicos próprios seriam aqueles assumidos e executados diretamente pelo Estado ou indiretamente por meio de concessionários e permissionários. Já os serviços impróprios seriam aqueles que não foram nem assumidos nem prestados pelo Estado, direta ou indiretamente. Eles correspondem a atividades privadas que recebem a indevida alcunha de serviço público.

Ainda segundo a doutrinadora, há classificações que analisam o serviço público pelo seu objeto, onde estariam separados em serviços públicos

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24 ed.p. 673.

³⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 19 ed. p. 120.

administrativos, comerciais e sociais. Há também classificação quanto à abrangência do serviço, onde os serviços *uti singuli* são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos e os *uti universi* são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos cidadãos.

Por fim, haveria mais dois critérios de classificação. O primeiro critério seria acerca da prestação exclusiva ou não dos serviços públicos pelo Estado. E o último critério seria quanto à essencialidade do serviço, separando-o em serviços originários (essencial) e derivados (não essencial).

Entretanto, independentemente da classificação que determinado serviço público receberá, ou de quem vai executá-lo, sua titularidade sempre continuará a ser do Estado. A alteração do agente que presta o serviço, seja o Estado ou uma concessionária, não desvirtua a natureza substancial do serviço. Afinal, um mesmo serviço pode ser prestado por duas entidades diferentes na mesma localidade, mas eles não deixam de ser serviço público em nenhum momento.

2.3- Princípios

Independentemente da classificação que se queira dar a determinado serviço público, certo é que ele deverá obedecer a certos princípios. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵ enumera os princípios da continuidade do serviço público, da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários como princípios inerentes ao regime jurídico do serviço público.

Diógenes Gasparini³⁶ também segue a mesma linha de pensamento e considera que esses três princípios devem ser observados na prestação dos serviços públicos pela Administração Pública.

O princípio da continuidade do serviço público determina que o serviço público não pode parar, pois os anseios e necessidades da coletividade não cessam. A atividade da Administração Pública é ininterrupta. Por essa razão, serviços essenciais sofrem limitação no seu direito de greve, como disposto no art.

³⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 19 ed. p. 119.

³⁶ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 12 ed. p. 297.

37, VII, da Constituição da República. Entre outras consequências decorrentes desse princípio, podemos citar a não aplicação da exceção do contrato não cumprido aos contratos administrativos.

O princípio da igualdade, consolidado no ar. 5º, *caput*, da Constituição Federal, determina que todos são iguais perante a lei e, portanto, merecem igualdade de tratamento. Ora, se todos são iguais perante a lei, todos também são iguais perante a Administração Pública. Com isso, a Administração Pública deve em sua atuação ser imparcial ao conceder benefícios e isenções, bem como ao aplicar multas e sanções aos administrados.

Por último, o princípio da mutabilidade do regime jurídico, também chamado de flexibilidade dos meios aos fins, autoriza a Administração Pública a promover mudanças no regime de prestação do serviço público, a fim de adequá-lo ao interesse público. Em virtude disso, nem os usuários dos serviços públicos, nem os servidores públicos têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico. Por isso, um contrato celebrado com a Administração Pública pode ser alterado ou rescindido unilateralmente, e um regime jurídico dos funcionários pode ser alterado para atender ao interesse público.

2.4- Concessão e Permissão de serviço público

Como visto anteriormente, a Constituição Federal (art. 21, inciso XII) possibilita que os serviços públicos possam ser prestados diretamente pelo Estado ou mediante autorização, concessão ou permissão. Acrescenta o art. 175 da CF que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Observa-se que o parágrafo único, I, do referido art. 175 determina que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão. Exige a Constituição, portanto, que as concessões e permissões de serviço público sejam

outorgadas em favor de empresas, não em benefício de pessoa física. Porém, tal restrição não alcança as autorizações.

A definição legal de concessão de serviço público veio com a Lei nº 8.987/95³⁷:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Como se denota do dispositivo legal supramencionado, a concessão de serviço público é uma atribuição de uma prestação de serviço público feita pelo poder concedente, mediante prévia licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que por sua conta e risco assumirão tal prestação, podendo extrair remuneração do empreendimento.

A doutrina oferece inúmeras variações do conceito, havendo divergências quanto à sua abrangência, bem como quanto à natureza jurídica do ato que concretiza a concessão. No entanto, como não é o intuito deste trabalho a análise pormenorizada da concessão de serviços públicos, trataremos de forma breve sua conceituação e suas características.

³⁷ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm > acesso em 15.10.2013.

No conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.”³⁸

Na mesma esteira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define:

“concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”³⁹

Outros doutrinadores como Diógenes Gasparini, Marçal Justen Filho e Odete Medauar possuem conceitos parecidos. Todavia, a exposição das definições acima é suficiente para identificarmos as características do instituto.

Suas principais características são: existência de um poder público concedente (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios); existência de uma concessionária, pessoa jurídica ou consórcio de empresas que executam o serviço por sua conta e risco, por prazo determinado; remuneração diretamente cobrada do usuário do serviço por meio de tarifa; fiscalização do cumprimento dos serviços e imposição de sanções pelo poder concedente; formalização da concessão por meio do contrato administrativo precedido de concorrência.

Há, ainda, outros tipos de concessão de serviço público, como a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública (Lei nº 8.987/95, art. 2º, III), concessão de serviços de TV a cabo (Lei nº 8.977/95), concessão de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (Lei nº 8.987/95, art. 41), concessão para serviços de telecomunicações (Lei nº 9.472/97), concessão patrocinada – parceria público-privada (Lei nº 11.079/04), concessão administrativa – parceria público-

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24 ed. p. 686.

³⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 19 ed. p. 297.

privada (Lei nº 11.079/04) e concessão mediante contrato de arrendamento para exploração de porto (Leis nº 8.630/93 e 10.233/01).

Além da concessão, o Estado se utiliza de outra modalidade indireta de prestação de serviços: a permissão. José dos Santos Carvalho Filho define permissão de serviço público como “o contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público” ⁴⁰.

O artigo 40, da Lei nº 8.987/95 é claro ao dispor:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Com o advento da referida lei, a diferenciação entre concessão e permissão tornou-se tarefa árdua, pois não há mais distinção quanto à natureza jurídica dos dois institutos, sendo ambos contratos administrativos. Todavia, duas diferenças podem ser apontadas. Primeiramente, enquanto a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a permissão só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica. Em segundo lugar, a concessão se destinaria a serviços públicos que implicassem investimentos mais vultosos, enquanto a permissão seria direcionada à delegação de serviços públicos menos complexos.

Fora essas particularidades, aplicam-se à permissão e à concessão as normas da Lei nº 8.987/95, conforme disposto no citado artigo 40 da Lei nº 8.987/95.

2.5 - Encargos do poder concedente

O poder concedente se utiliza da concessão de serviços públicos para satisfazer o interesse público. Por consequência lógica, o alcance deste propósito impõe alguns encargos que servem para salvaguardar as condições de regularidade, continuidade, eficiência e segurança dos serviços públicos.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23 ed. p. 449.

Em virtude disso, a Lei nº 8.987/95, em seu artigo 29, enumera de modo não exaustivo as principais atribuições do Poder Público:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹, tais encargos podem ser resumidos em: poder de inspeção e fiscalização; poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído; poder de intervenção; e poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 24 ed. p. 712.

Em suma, o interesse público é que irá ditar quais as medidas cabíveis em determinada situação para que os serviços públicos continuem a cumprir com sua destinação social.

2.6 - Direitos e deveres dos usuários

Como é sabido, o princípio da continuidade do serviço público determina que o serviço público não pode parar, pois os anseios e necessidades da coletividade não cessam. Aliás, a própria existência dos serviços públicos advém da necessidade de satisfação da coletividade. Todavia, cumpridas todas as exigências impostas para o usuário, geralmente a cobrança de tarifa, o concessionário tem a obrigação de oferecer o serviço de modo contínuo e regular. Significa dizer que a prestação do serviço não é apenas instituída em benefício da coletividade em abstrato, mas que o usuário, individualmente considerado, tem direito à prestação de serviços públicos de qualidade e de forma ininterrupta.

Neste sentido o art. 7º, da Lei nº 8.987/95, reafirma a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos e enumera alguns dos direitos dos usuários, como direito de receber um serviço adequado; direito de receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais e coletivos; e direito de obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.

Por outro lado, os incisos IV, V e VI do referido art. 7º dessa lei determinam as seguintes obrigações aos usuários: levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento, referente ao serviço prestado; comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; e, por fim, contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados serviços.

Embora a lei tenha enumerado tais deveres, ela não previu qualquer sanção em caso de descumprimento deles. Na verdade, tais determinações são de caráter educativo no intuito de estimular o exercício da cidadania.

2.7 - Direitos e encargos do concessionário

Na relação jurídica triangular que compõe o serviço público – poder concedente → concessionário → usuário –, resta tratarmos dos direitos e encargos que são atribuídos àqueles que executam e exploram os serviços objetos da concessão.

O principal direito dos concessionários perante o poder concedente é, sem dúvida, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público. Aliás, somente há concessão porque o Estado sozinho não é capaz de fornecer todos os serviços públicos à sociedade. Logo, o fator atrativo para que as entidades privadas aceitem a empreitada é o retorno de seus investimentos pela exploração da atividade da concessão.

Portanto, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é condição de existência da concessão de serviços públicos, pois deve haver o mínimo de segurança jurídica contra as arbitrariedades do governo para que o capital privado possa investir nos serviços públicos e, assim, satisfazer os anseios e necessidades da coletividade.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro normalmente se dá pela revisão das tarifas. No nosso ordenamento jurídico, tal instrumento está assegurado pelo inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, onde está prescrito que a lei disporá sobre a política tarifária. Além disso, o inciso IV do art. 23 da Lei nº 8.987/95 determina que o contrato de concessão de serviços públicos deverá conter cláusula que prevê o preço do serviço e os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas.

Ademais, para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, outros instrumentos acessórios de exploração da concessão dos serviços públicos podem ser permitidos, como exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública

(instalação de estabelecimentos comerciais, tal como postos de gasolina, supermercados, shoppings e etc.).

Obviamente, o empresário atua por sua conta e risco e por isso está sujeito aos riscos da atividade desenvolvida, como crises econômicas e má gestão da atividade empresarial.

Por outro lado, o concessionário também possui alguns encargos inerentes ao regime de prestação e execução dos serviços públicos. Novamente, a Lei nº 8.987/95 arrola tais encargos. Seu artigo 31 é claro ao determinar que ao concessionário cabe: I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato; II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato; IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis; VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato; VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Merece destaque o inciso I do referido artigo, que determina ao concessionário o oferecimento de um serviço adequado aos usuários, na forma da lei. As características de um serviço adequado encontram-se no próprio § 1º do artigo 6º da Lei nº 8.987/95, que define o serviço adequado como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

A inobservância desses requisitos dá ensejo para a Administração Pública aplicar sanções administrativas e até judiciais para exigir o regular cumprimento dos serviços públicos.

2.8 - Responsabilidade do concessionário/permissionário por danos a terceiros

O último tema a ser tratado neste capítulo será a responsabilidade dos concessionários e permissionários de serviço público por danos causados a terceiros.

Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, ficou demonstrado que a responsabilidade objetiva do Estado é a teoria aceita e aplicada pela doutrina e jurisprudência atualmente. Aliás, foram oferecidos argumentos históricos, legais e doutrinários para embasar a conclusão de que num Estado de Direito não existem mais situações de irresponsabilidade, onde o Estado é visto acima do povo, tal como ocorria no período absolutista.

A atuação do Estado em prol da coletividade traz consequências que devem ser suportadas por ele ou por quem faça as suas vezes. Por isso, chegamos à responsabilidade dos concessionários e permissionários de serviço público.

Todavia, a responsabilidade dessas pessoas privadas é tratada de forma muito escassa na doutrina. Há doutrinadores que nem tratam da polêmica acerca da extensão da responsabilidade objetiva delas em relação a terceiros não usuários.

Para esclarecer um pouco o tema, novamente trazemos a redação do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que determina que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Contudo, a expressão “terceiros” se refere apenas aos usuários ou se refere a todas as pessoas?

A interpretação que a doutrina oferece a este dispositivo é a equiparação dessas prestadoras de serviço público ao Estado, ou seja, que elas têm responsabilidade objetiva. Ademais, há doutrinadores que defendem não haver qualquer exigência de qualificação do terceiro prejudicado como usuário. Logo, seria irrelevante para a regra constitucional se a vítima é usuário ou não do serviço

público prestado pela causadora do dano, bastando a relação causal entre a atividade e ao dano.

Acerca desse posicionamento, Diógenes Gasparini⁴² e Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³ defendem a responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviço público. Acrescentam, ainda, que nestes casos o Estado tem responsabilidade subsidiária (na hipótese de falência ou insolvência das concessionárias e permissionárias).

A própria Lei nº 8.987/95 parece ser bem clara ao dispor em seu artigo 25 que incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

No entanto, a evolução jurisprudencial do STF acerca desse instituto foi bem peculiar, pois num primeiro momento, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 262.651-1/SP, em 06 de maio de 2005, a Corte considerou que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários de serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário.

Já num segundo momento, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.874-2/MS, o STF considerou que responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço.

No entanto, para se entender de forma satisfatória essa mudança jurisprudencial, é necessário analisarmos detidamente os dois julgamentos em questão, o que ocorrerá no próximo capítulo.

⁴² GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 12 ed. p. 992.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo 24 ed. p. 737.

Capítulo 3 – A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado em relação a terceiros não-usuários – evolução jurisprudencial

3.1 – O julgamento do Recurso Extraordinário nº 262.651-1/SP

Como antecipado, a mudança jurisprudencial acerca do tema da responsabilidade civil das concessionárias e permissionárias de serviço público em relação a terceiros não-usuários merece tratamento minucioso.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 262.651-1/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários de serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário.

A presidência da 2ª Turma, que proferiu o acórdão dando provimento ao recurso extraordinário, era do Ministro Celso de Mello. Além dele, compunham a turma os Ministros Carlos Velloso, relator, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes. Foram vencidos o Ministro Joaquim Barbosa e o presidente.

Em julho de 1994, a Terceira Câmara Especial do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, em ação sob o rito sumaríssimo, havia dado provimento à apelação interposta por Elias Farah, por entender estar configurada a responsabilidade objetiva da concessionária de linhas de transporte coletivo, a Auto Viação Urubupungá Ltda., em acidente automobilístico envolvendo o carro particular conduzido pelo apelante e o ônibus de propriedade da empresa apelada. Por essa razão, a empresa concessionária de serviço público interpôs recurso extraordinário, alegando violação ao art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Em suas razões recursais, a empresa alegou que a responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal não abarca situações como a que estava sendo discutida nos autos, isto é, limita-se este tipo de ônus a incidir sobre a prestação de serviço que a empresa, como transportadora, realiza perante o passageiro transportado.

O Ministro Relator, Carlos Velloso, proferiu seu voto no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário interposto pela empresa. O voto começou por reconhecer que não se discutia no caso a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, mas se esse tipo de responsabilidade deveria ser estendido aos não-usuários do serviço. Em seguida, ele constatou, após extensa exposição doutrinária, que os especialistas, em sua maioria, não cuidaram devidamente da questão ou não fizeram a distinção mencionada.

Todavia, o Ministro Relator citou o posicionamento de Lúcia de Valle Figueiredo, que defendia a existência de duas situações diferentes da concessionária: a primeira seria a relação entre o poder concedente e o concessionário; a segunda seria a relação do concessionário em face de terceiros ou dos usuários do serviço público. Apenas neste último caso a responsabilidade do concessionário seria objetiva. Após, citou os posicionamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Júnior e Ruth Helena Pimentel, que defendem a incidência da responsabilidade objetiva em relação a terceiros não usuários.

Contudo, utilizando-se dos ensinamentos de Romeu Felipe Bacellar Filho e Lúcia Valle Figueiredo, o Ministro Carlos Velloso entendeu que a responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviço público ocorre em relação ao usuário do serviço, e não relativamente a pessoas não integrantes dessa relação.

Um dos seus principais argumentos, além de considerar as relações entre *não-usuários* → *concessionário* e *usuários* → *concessionário* distintas, era no sentido de considerar que a *ratio* do dispositivo constitucional é de que o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal e por isso não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço. Quem é protegido pela responsabilidade objetiva do Estado é o usuário. Estender a responsabilidade objetiva em benefício dos não-usuários seria ir além da *ratio legis*.

Em seguida, foi proferido o voto-vista pelo Ministro Joaquim Barbosa, que optou por considerar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviço público igual à responsabilidade objetiva aplicada ao Estado.

Joaquim Barbosa iniciou sua argumentação fazendo uma breve introdução histórica do instituto da responsabilidade do Estado até chegar à teoria do risco administrativo. Na visão do Ministro, as atividades da Administração Pública são em benefício de toda a coletividade; logo, se delas resultam danos a algumas pessoas, cabe à coletividade repará-los.

A transferência dessas atividades através de um contrato administrativo de concessão não alteraria a natureza substancial da atividade. Na visão de Joaquim Barbosa, o serviço público, quando delegado a um particular, não deixa de ser público. Não há, portanto, distinção das responsabilidades. Se na mesma situação de prestação de serviço público tanto a Administração Pública quanto a concessionária causarem danos a terceiros não usuários, elas devem ser responsabilizadas objetivamente.

Contudo, em réplica, o Ministro Relator Carlos Velloso defendeu seu posicionamento inicial rebatendo os argumentos do Ministro Joaquim Barbosa ao afirmar que, se tratando de delegação do Estado para a prestação de serviço público que pode ser remunerado por preços ou tarifas – portanto, serviço público não inerente à soberania nacional, não essencial e não obrigatório –, a responsabilidade dá-se relativamente ao usuário do serviço e não a quem não está recebendo o serviço. Serviços públicos que são remunerados mediante tarifa não são serviços públicos na sua pureza. Se permitidos ou concedidos, os serviços públicos adquirem feição de serviços privados.

Além disso, os automóveis e os ônibus trafegam nas mesmas vias públicas e por isso não há sentido de se estender a responsabilidade objetiva a todos esses veículos que tenham se envolvido em eventual acidente com os ônibus da concessionária.

O Ministro Gilmar Mendes também discordou do Ministro Joaquim Barbosa, pois a concepção defendida por este último teria uma dimensão extremamente alargada. Ademais, salientou que nos últimos tempos o conceito de responsabilidade objetiva ganhou uma dimensão que transformou o próprio Estado em segurador universal, fato que exige cuidado na fixação do conceito. Finalizou Gilmar Mendes dizendo que essa orientação não frauda o sentido do artigo 37, § 6º,

da Constituição Federal, uma vez que se está a assegurar a responsabilidade objetiva no que ela é devida, ou seja, aos usuários do serviço público.

A última a votar foi a Ministra Ellen Gracie, que de forma sucinta acompanhou o Relator e afirmou que a delegação feita às empresas concessionárias de transporte público é limitada a um determinado serviço público. Por essa razão, os riscos correspondentes a essa atividade devem merecer exatamente a mesma limitação, até porque as empresas que assumem o encargo de prestar esse serviço público fazem o cálculo econômico dos riscos em que irão incorrer, e estes estariam demasiadamente ampliados se fosse dada uma interpretação mais extensiva do dispositivo constitucional.

Em suma, nesse julgamento do STF preponderou o entendimento de que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em relação a terceiros não-usuários não é objetiva. Ampliar o sentido da expressão “terceiros” seria dar um encargo às concessionárias e permissionárias de serviço público muito superior ao desejado pela *ratio legis* do dispositivo constitucional.

Contudo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.874-2/MS, o STF considerou que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, conforme será analisado no tópico seguinte.

3.2 – O julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.874-2/MS

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.874-2/MS aconteceu em 26.8.2009. Participaram os Ministros Gilmar Mendes, presidente, Ricardo Lewandowski, relator, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Eros Grau, e Cármen Lúcia. O Plenário, por maioria, negou provimento ao recurso, tendo sido vencido o Ministro Marco Aurélio.

O recurso extraordinário foi interposto pela empresa Viação São Francisco Ltda. em face de Justa Servin Franco, com o objetivo de combater o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que havia

concluído pela responsabilidade civil objetiva da empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não-usuário do serviço.

Na origem, tratava-se de uma ação de reparação de danos morais e materiais ajuizada por Justa Servin de Franco em face da Viação São Francisco, em razão de acidente ocorrido em 14.11.1998, que vitimou o seu companheiro, no município de Campo Grande/MS.

O acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul considerou que não havia causa de exclusão de responsabilidade (caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima) no acidente entre o ônibus da empresa e o ciclista, que culminou com a morte deste último, aplicando-se a responsabilidade objetiva, nos termos do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal.

O acórdão ressaltou, ainda, que tanto pelo fato de se tratar de uma concessionária de serviço público, quanto pelo fato do risco inerente à sua atividade, a empresa deveria responder objetivamente pelo dano. Por fim, o sofrimento decorrente da morte do companheiro e pai de família permitiu a condenação da empresa por danos morais.

Entretanto, a empresa condenada interpôs o recurso extraordinário em questão, sob o argumento de que a teoria da responsabilidade não deveria ser aplicada ao caso, pois a pessoa que faleceu em razão do acidente não era usuária do serviço de transporte coletivo e sua condenação acarretaria em ofensa aos arts. 37, § 6º, e 93, IX, da Constituição Federal.

Reconhecida a repercussão geral do caso, passou-se ao julgamento. O Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, iniciou seu voto fazendo um apanhado histórico do instituto da responsabilidade civil do Estado até chegar aos dias atuais, com a adoção da teoria do risco administrativo. Em seguida, colocou a controvérsia jurídica em evidência: a extensão da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em caso de danos a terceiros não-usuários do serviço.

Prosseguiu o Ministro fazendo referência ao Recurso Extraordinário nº 262.651-1/SP, de relatoria do então Ministro Carlos Velloso, que foi tratado no tópico

anterior desse capítulo. Todavia, discordando do antigo precedente jurisprudencial e utilizando-se da fundamentação do Ministro Joaquim Barbosa no caso do RE 459.749/PE, Lewandowski apontou que o dispositivo constitucional em discussão não exige qualificação do sujeito passivo do dano, ou seja, não exige que a pessoa atingida pela lesão ostente a condição de usuário de serviço.

Em seguida, o Ministro colacionou a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello para evidenciar que basta o dano ser produzido pelo sujeito na qualidade de prestador do serviço público para haver direito à reparação, independente de o prestador ser pessoa de direito privado.

No final, o Ministro Relator conheceu do recurso extraordinário, mas negou-lhe provimento por entender que não se pode interpretar restritivamente o alcance art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois o princípio da isonomia não permite que se faça qualquer distinção entre os usuários e os não-usuários.

Após uma discussão acerca da manifestação obrigatória do Ministério Público no julgamento, a Ministra Cármen Lúcia votou no mesmo sentido que Lewandowski. Para ela, a Constituição não distinguiu prestador de serviço público, Estado ou concessionária, ao dispor que esses prestadores possuem responsabilidade objetiva perante terceiros.

O próximo a votar e a acompanhar o Relator foi o Ministro Eros Grau, que de forma sucinta apontou a existência de nexo de causalidade e a incidência da responsabilidade objetiva no caso. Em seguida votou o Ministro Carlos Ayres Britto, que também seguiu o Relator. Interessante que, em seu voto, Ayres Britto defende que a Constituição usou de forma apropriada os termos “usuários” e “terceiros”. Para o Ministro, a Constituição diferenciou claramente os momentos em que se referia apenas aos usuários e os momentos em que se referia aos terceiros. Portanto, o uso do termo “terceiros” do § 6º, do art. 37, quis extrapolar as dimensões do simples usuário.

Ao se manifestar, o Ministro Cezar Peluso defendeu que o alcance da interpretação do dispositivo constitucional em questão dado pelo Relator era correto, e acrescentou que havia uma explicação histórica que explicava o motivo da inclusão deste dispositivo na nova ordem constitucional inaugurada em 1988.

Perante a Constituição anterior, sempre se discutiu a extensão da responsabilidade civil do Estado às empresas concessionárias e permissionárias de serviço público. A conclusão daqueles que se debruçavam sobre o tema era que negar a responsabilidade de tais empresas constituiria uma espécie de fraude em danos das vítimas, porque, se o Estado prestasse o serviço e ocasionasse dano, responderia. Porém, quando a prestação fosse de alguma concessionária ou permissionária, as vítimas não teriam direito à reparação. Por essa razão, na interpretação do termo “terceiro” não há que se distinguir entre usuário e não usuário.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio teve um voto divergente. O Ministro começou seu voto defendendo o julgamento da lavra do então Ministro Carlos Velloso, dizendo que a intenção daquele voto não era restringir a responsabilidade do Estado ou de quem lhe faça as vezes na prestação dos serviços públicos. Seu propósito era estabelecer uma distinção entre ato lícito e ilícito, comissivo ou omissivo.

Ao longo de seu voto, porém, Marco Aurélio passou a divergir do posicionamento do ex-ministro Carlos Velloso e a concordar com o posicionamento dos demais julgadores. Para Marco Aurélio, o alcance do termo “terceiro” contido no dispositivo constitucional alcança todo e qualquer cidadão, bastando, para se responsabilizar o Estado ou da prestadora de serviço, a comprovação do nexo causal entre a conduta e o dano.

Contudo, Marco Aurélio considera que as premissas fáticas do acórdão de segundo grau não permitiam a responsabilização da empresa concessionária. Para o Ministro, o voto do desembargador relator Josué de Oliveira trazia elementos que levavam a crer que o ciclista atropelado conduzia sua bicicleta sem nela estar montado e que, por razão desconhecida, talvez por uma vertigem decorrente do uso excessivo de álcool, ele veio a cair embaixo do ônibus.

De acordo com o desembargador relator, o ônibus circulava na rua do acidente, onde não havia asfalto, numa velocidade de aproximadamente 18 km/h, onde a velocidade máxima permitida era de 40 km/h, quando a vítima empurrava sua bicicleta. Ao ser ultrapassada pelo ônibus, que vinha no mesmo sentido de tráfego, ela caiu. O laudo não encontrou avarias no ônibus nem na bicicleta, que

indicassem terem sido atingidos na colisão. Dessa forma, se não há nexo de causalidade entre a queda do ciclista e o ônibus, não há que se falar em responsabilidade da concessionária. Por isso, diante dos parâmetros fáticos do caso, Marco Aurélio entendeu por bem dar provimento ao recurso.

Por fim, o último a votar foi o Ministro Gilmar Mendes, que assumidamente mudou seu posicionamento a respeito do tema. No julgamento do RE nº 262.651-1/SP, como visto, Gilmar Mendes opinou pela não incidência da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em relação a terceiros não usuários. Agora, no mais recente julgamento, ele optou pela via oposta.

Ao explicar sua mudança de posicionamento, Gilmar Mendes argumenta que a diferenciação entre serviços públicos prestados por pessoas jurídicas de direito privado e serviços públicos prestados pelo poder público em sentido estrito existe, mas tal diferenciação não repercute na matéria afeta à responsabilidade objetiva. A natureza do serviço público não se altera em razão de o concessionário ser o responsável pela execução da atividade, pois a titularidade permanece com o poder concedente.

Gilmar Mendes foi além ao dizer que o dispositivo constitucional em questão, § 6º do artigo 37, além de não fazer a distinção defendida pelo Ministro Carlos Velloso, pretende dar ampla proteção àqueles que sofrem danos decorrentes da prestação de serviços públicos, independentemente de eles serem prestados pelo próprio Estado ou por permissionários e concessionários.

Por fim, analisando o acórdão recorrido da segunda instância, conclui o Ministro e, conseqüentemente, o STF, pela responsabilidade objetiva em relação à empresa privada prestadora de serviço público.

3.3 – O contraste entre os dois julgamentos e o acerto do Supremo Tribunal Federal

A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal é tratada de forma insatisfatória na doutrina brasileira. Os autores, quando muito, apenas citam o

anterior entendimento do STF – equivocado, a nosso ver – e a consagração definitiva da responsabilidade objetiva. Porém, é necessário analisarmos os argumentos dos dois julgamentos para entender de fato a adoção do novo posicionamento jurisprudencial.

O primeiro ponto a ser ressaltado é a ideia do Estado como segurador universal. Uma concepção extremamente alargada da responsabilidade civil do Estado faz com ele se torne um segurador universal e em última instância ele seja responsável por atos que nem mesmo cometeu. Cite-se, por exemplo, o caso das Leis nº 10.309/2001 e 10.744/2003. Referidas leis se referem à responsabilidade civil do Estado em caso de atos terroristas ou de guerra causados a terceiros contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior.

O art. 1º da Lei nº 10.309/2001 dispõe que fica a União autorizada a assumir as responsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior.

Não é preciso ir longe para definir o que é um ato terrorista ou um ato de guerra para entender que o Estado não faz parte do nexo de causalidade do dano experimentado pelas vítimas. Enquanto o § 3º do artigo 1º da Lei nº 10.744/2003 define ato de guerra como qualquer guerra, invasão, atos inimigos estrangeiros, hostilidades com ou sem guerra declarada, guerra civil, rebelião, revolução, insurreição, lei marcial, poder militar ou usurpado ou tentativas para usurpação do poder; o parágrafo seguinte, 4º, define ato terrorista como qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional.

Ora, apesar de serem trágicas quaisquer hipóteses mencionadas acima e de haver comoção popular para amparar tais vítimas, o Estado não é a princípio o causador do dano. Logo, não teria que se falar em responsabilidade estatal objetiva, pois não há nem nexo de causalidade, nem serviço público.

No entanto, diante de eventos tão trágicos e que mexem não apenas com as vítimas envolvidas, mas, sobretudo com a soberania nacional, surge a noção do Estado como segurador universal.

Então, no julgamento do RE nº 262.651-1/SP o STF pretendeu frear a noção de que o Estado, ou quem faça suas vezes, é responsável objetivamente por quaisquer atos que estes cometam, mesmo que desvinculados do serviço público.

A partir disso construiu-se um raciocínio acerca da relação não-usuários → concessionários. Na primeira ponta da relação, a interpretação da expressão “terceiros” do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal definiria se a responsabilidade objetiva se estenderia aos não-usuários.

A tese vencedora foi de que a *ratio legis* do §6º seria que o usuário é o detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal e por isso não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço.

A proteção que a responsabilidade objetiva pretendia oferecer era apenas ao usuário, configurada pela expressão “terceiros”. Estender tal responsabilidade em benefício dos não usuários seria, portanto, ir além da *ratio legis*.

Na outra ponta da relação não-usuários → concessionários, o argumento utilizado para embasar o posicionamento de que a responsabilidade objetiva em relação a terceiros não-usuários não se aplica aos concessionários e permissionários de serviço público é a diferenciação entre os serviços públicos prestados pelo Estado e aqueles prestados por pessoas privadas por meio de concessão ou permissão.

Como é sabido, a responsabilidade objetiva está inserida na teoria do risco administrativo, onde o Estado assume o risco que sua atividade impõe aos terceiros juridicamente prejudicados. Contudo, tais riscos não seriam totalmente compartilhados com as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, porque os serviços públicos delegados a elas não teriam as mesmas características daqueles prestados diretamente pelo Estado.

Enquanto os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado estariam afetados a questões de obrigatoriedade, soberania nacional e essencialidade à população, os serviços públicos prestados pelas concessionárias e permissionárias teriam caráter privado porque estão sujeitos à remuneração por preços ou tarifas.

Por isso, não seria justo e adequado às concessionárias e às permissionárias de serviço público partilharem dos mesmos riscos que a Administração Pública compartilha. Afinal, quem se aproveita desse serviço público são apenas os usuários, não toda a coletividade. Por essa razão, o STF havia decidido que a responsabilidade objetiva se dá relativamente ao usuário do serviço e não quanto a quem não está recebendo o serviço.

Contudo, como já dito, seguindo o voto vencido do Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 262.651-1/SP, o STF mudou seu entendimento no julgamento do RE nº 591.874/MS. Os argumentos anteriormente oferecidos pelo Ministro Joaquim Barbosa foram seguidos pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski.

Entretanto, não há que se falar no Estado como segurador universal, porque tal assunção significaria a adoção da teoria integral dos riscos administrativos. O fato de as concessionárias e permissionárias arcarem com prejuízos causados a terceiros não significa que elas estão arcando com todo e qualquer dano que suas atividades econômicas possam causar. Não é todo e qualquer ato que ensejará o dever de indenizar, mas apenas aqueles atos diretamente relacionados com serviço público prestado. Além disso, a expressão “terceiros” do dispositivo constitucional questionado não sofre em nenhum momento restrição pela Constituição, o que significa dizer que não há razões para os intérpretes da lei restringir tal expressão. Mesmo os serviços públicos sendo prestados por pessoas privadas, os princípios que os norteiam – universalidade, continuidade etc. – permanecem aplicáveis.

Outro argumento contundente oferecido é a ausência de distinção entre serviços públicos prestados pelo próprio Estado e serviços públicos prestados pelas concessionárias e permissionárias. Quando o Estado, mediante contrato administrativo, transfere ao particular uma de suas atividades, ou seja, um serviço público, não há alterações substanciais da natureza dessas atividades.

Conforme explica a doutrina, a execução de serviços públicos por concessionárias e permissionárias não transfere a titularidade daquele serviço a elas. Ela permanece com o Estado, até porque nas hipóteses de falência ou insolvência do concessionário/permissionário, o poder concedente possui responsabilidade subsidiária.

Ademais, o Estado possui poderes de inspeção e fiscalização das atividades das concessionárias e permissionárias; poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído; poder de intervenção; e poder de aplicar sanções às concessionárias e permissionárias inadimplentes.

Também há de se ressaltar que o reconhecimento da diferenciação desses serviços públicos implicaria numa situação incoerente no sistema jurídico. Caso um terceiro sofresse um dano decorrente da atividade de um serviço público prestado pelo Estado, ele estaria coberto pela responsabilidade objetiva. Todavia, se na mesma situação o mesmo serviço fosse prestado por uma concessionária, ele não estaria protegido pela responsabilidade objetiva. Veja que a natureza do serviço não foi alterada, apenas a pessoa responsável pela execução é que mudou.

Contudo, a leitura que o Ministro Marco Aurélio faz, no caso específico do Recurso Extraordinário nº 591.874-2/MS, traz uma controvérsia interessante. Apesar de coerentes e corretos todos os argumentos apresentados para a definitiva consagração da responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviço público, o quadro fático do caso não permitia concluir que o ciclista atropelado tinha ficado debaixo do ônibus por responsabilidade de alguém que não a própria vítima. Aliás, não há sinais em nenhum laudo pericial de que o ônibus bateu no ciclista para que este caísse e fosse atropelado. Diante disso, seria forçoso dar provimento ao recurso extraordinário. No entanto, não cabe no recurso extraordinário a rediscussão de fatos e provas. Ele não se presta a corrigir injustiça da decisão decorrente da má apreciação dos fatos e das provas. A súmula 279 do STF é clara: “para simples reexame da prova não cabe recurso extraordinário”.

Se no acórdão de segundo grau não ficou provada nenhuma excludente de responsabilidade por parte da empresa, isto é, não ficou comprovado que o acidente deu-se por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima, não há que se falar em provimento do recurso extraordinário.

Por fim, um dos mais importantes argumentos (e que foi deixado de lado pelos julgadores e doutrinadores) é a determinação imposta pelo artigo 25 da Lei nº 8.987/95, que dispõe:

Art. 25 Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, **aos usuários ou a terceiros**, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. (grifei)

O dispositivo legal acima é a própria solução normativa no conflito que se estabeleceu. Por isso, acertadamente o Supremo Tribunal Federal passou a considerar que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva tanto no que tange a terceiros usuários como a não-usuários do serviço.

Conclusão

No primeiro capítulo do presente trabalho, foi estudada a evolução histórica, doutrinária e legal da responsabilidade civil do Estado. Nem sempre a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes, nestas condições, foi objetiva. Referido instituto evoluiu muito nos últimos séculos, passando da fase de irresponsabilidade para a fase da culpa subjetiva, até culminar na adoção, pela Constituição de 1988, da teoria da responsabilidade objetiva, que independe da noção de culpa, tal como previsto no seu artigo 37, § 6º.

Além disso, mostrou-se o seu pressuposto teórico e a independência do instituto em relação à responsabilidade civil do direito comum. Restou evidenciado, ainda, que o fundamento teórico legitimador da responsabilidade civil do Estado é a própria noção de Estado de Direito, o que implica dizer que ele também se submete ao ordenamento jurídico e responde pelos atos de seus agentes. Com isso, diante do princípio da igualdade perante a lei, parece impróprio se pensar que, com objetivo de atender o interesse social, um comportamento estatal prejudique alguém sem que este seja ressarcido pelos prejuízos experimentados.

O resultado disso é que a diferenciação entre ato lícito e ilícito fica enfraquecida, dando espaço para a teoria do risco administrativo se consolidar como alicerce teórico da responsabilidade objetiva do Estado. Afinal, se o Estado trabalha em prol da coletividade e em nome desta, há a possibilidade de haver sacrifícios e lesões a direitos de terceiros não envolvidos diretamente na ação estatal. Logo, tais riscos devem ser suportados pelo Estado, pois em última análise ele é a própria coletividade.

Em seguida, no segundo capítulo, como consequência da necessidade de o Estado prestar serviços públicos de qualidade, foram analisados os institutos da concessão e permissão de serviços públicos. Com o advento da Lei nº 8.987/95, a diferenciação entre os dois tornou-se tarefa árdua, pois não há mais distinção quanto à natureza jurídica dos referidos institutos, sendo ambos contratos administrativos. Todavia, duas diferenças podem ser apontadas: enquanto a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a

permissão só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica; a concessão se destinaria a serviços públicos que implicassem investimentos mais vultosos, enquanto a permissão seria direcionada à delegação de serviços públicos menos complexos.

Contudo, mais importante que mostrar os direitos e deveres do poder concedente e das concessionárias e permissionárias, ou de tentar diferenciar concessão e permissão, foi constatar que a titularidade do serviço público não se altera pela mudança do responsável por sua execução. A titularidade será sempre do Estado, mas, em virtude de sua limitação técnica e econômica, a lei abre a possibilidade de execução indireta dos serviços públicos. Mesmo eles sendo prestados por pessoas privadas, os princípios que os norteiam – universalidade, continuidade etc. – permanecem aplicáveis.

Por fim, no último capítulo, foi estudada a relação entre responsabilidade civil do Estado, responsabilidade civil das permissionárias e concessionárias de serviço público e discutida a jurisprudência relativa ao tema, particularmente no que tange à posição do Supremo Tribunal Federal. É interessante notar que a jurisprudência tentava, a princípio, frear o alargamento da responsabilização do Estado, sob o argumento de que ele não pode ser tratado como um segurador universal. É verdade que algumas leis esparsas justificam tal pensamento, ao permitir que o Estado seja o responsável por indenizar terceiros por danos para os quais ele não concorreu. Todavia, reconhecer a responsabilidade dos concessionários e permissionários de serviço público em relação a terceiros não-usuários em nada influencia essa tendência.

Uma coisa é o Estado se prontificar a indenizar pessoas quando não foi responsável pelos danos causados; outra coisa é o fato de as pessoas privadas prestadoras de serviço público serem responsáveis por danos que causaram em decorrência de suas atividades. Além disso, é curioso o fato de o caso paradigmático da mudança jurisprudencial (o Recurso Extraordinário nº 591.874-2/MS) não ensejar qualquer tipo de responsabilização. Contudo, diante da impossibilidade de revisão de fatos e provas pelo STF, deve-se assumir que o enquadramento fático dado pela segunda instância merece prevalecer.

Apesar de a doutrina não tratar devidamente do tema proposto, há que se ressaltar que, diante de toda a polêmica gerada, já havia um dispositivo legal dando a solução normativa à extensão da responsabilidade objetiva em relação a terceiros não-usuários: o art. 25 da Lei nº 8.987/95.

A noção de um Estado de Direito acarreta a responsabilidade de todas as pessoas que compõem o Estado, sejam elas de direito público ou privado. Significa que não se identificam mais soberanos ou súditos, sendo todos – governantes e governados – passíveis de serem responsabilizados pelos atos que praticam.

O risco administrativo não é inerente apenas ao Estado, mas também àqueles que fazem suas vezes, como os permissionários e concessionários de serviço público. Por isso, a Constituição quis dar maior amplitude à responsabilidade dessas pessoas. Afinal, o serviço público tem um toque de Midas, isto é, tudo que ele atinge se transforma num regime jurídico publicístico, independente de o prestador do serviço ser o próprio Estado ou uma pessoa jurídica de direito privado.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25/09/2013.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 22/10/2013.

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 26.09.2013.

BRASIL. Lei nº 8.987 de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm> Acesso em 27.09.2013.

BRASIL. Lei nº 10.309 de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10309.htm> Acesso em 30.09.2013.

BRASIL. Lei nº 10.744 de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm> Acesso em 30.09.2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.